

**SERVIDÕES PEDIAIS *NON AEDIFICANDI* E *PROSPECTUS* -
- NÃO-USO DA SERVIDÃO E PRESCRIÇÃO DA AÇÃO
TUTELAR - DA INTERRUÇÃO DO NÃO-USO E DA
PRESCRIÇÃO - AÇÃO CONFESSÓRIA APRESENTADA
SOB O *NOMEN IURIS* DE POSSESSÓRIA**

Athos Gusmão Carneiro

Advogado. Ministro do STJ, aposentado.

Professor jubilado de Direito Processual Civil da UFRGS

Sou consultado pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi, através seu ilustre advogado, Dr. JURANDIR SCARCELA PORTELA, a respeito de demanda proposta, no foro da cidade de São Paulo, pela empresa consulente contra os Condomínios dos Edifícios Avignon e Outros, demanda esta decorrente do não-cumprimento, pelos réus, das limitações previstas em contrato de instituição de *servidões prediais recíprocas*.

Apresentou a consulente quesitos, que passarei a examinar e a responder, após relatar os fatos juridicamente relevantes, como se segue.

TÍTULO I
SÍNTESE DOS EVENTOS RELEVANTES

1. Discute-se, fundamentalmente, a subsistência de uma Servidão Predial (CC, art. 695), ante demanda, nominada como possessória, promovida pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi, proprietário de um dos prédios reciprocamente dominante e serviente. Centralizou-se a lide nas questões do *não-uso*, da *prescrição* e de sua *interrupção* por ato partido do aludido Condomínio.

2. Impende, de início, constatar a finalidade e a natureza da servidão, instituída por *instrumento público* datado de 24 de janeiro de 1969 e lançado no álbum

imobiliário em 14 de maio do mesmo ano.

Pelo aludido contrato, a empresa Shopping Center Iguatemi Ltda. e Alfredo Mathias constituíram, sobre imóveis contíguos e de domínio dos pactuantes, servidões recíprocas. É mencionado que no primeiro imóvel estava o Shopping Center Iguatemi e que, no segundo, de propriedade de Alfredo Mathias, “será construído um centro residencial e de escritórios”; todos os edifícios, o do Shopping e os projetados, “fazem parte de um só conjunto arquitetônico”, consoante projeto aprovado pela Prefeitura de São Paulo. Na área limítrofe existia no imóvel do Shopping um parque de estacionamento, e no imóvel de Alfredo Mathias seria feita uma área ajardinada, “com algumas vias de acesso em ambos os imóveis, tudo em conformidade com projeto aprovado e conforme está demonstrado na planta assinada pelas partes integrantes desta escritura”.

Resolveram os proprietários, tendo em vista tal almejada unidade arquitetônica e urbanística, e para “não prejudicar a harmonia do conjunto” (*sic*), estabelecer recíprocas servidões.

3. Quais as limitações, com este objetivo, avençadas pelos donos dos prédios confinantes?

Resolveram os contratantes que nas áreas confrontantes já referidas - pátio de estacionamento e área ajardinada -, por força das recíprocas servidões tornava-se defeso “... introduzir alterações, levantar novas edificações ou colocar qualquer fêcho, cêrca ou muro que prejudique a visibilidade entre ambos os imóveis ou o trânsito de veículos e pedestres pelas vias figuradas na planta supra” (*sic*).

4. Portanto, as partes avençaram servidões recíprocas a fim de “não prejudicar a harmonia do conjunto”, mediante a instituição de uma servidão *non aedificandi*, vedando quaisquer novas construções ou tapumes divisórios, e propiciando o exercício de servidão *itineris* e *viae* pelos caminhos e ruas figurados na planta ‘integrante desta escritura’, além da garantia de ampla visibilidade, *servitus ne luminibus officiatur*”.

Basicamente, uma *servitus prospectus*, pela exigência de manutenção do “Conjunto Arquitetônico” tal como idealizado pelos pactuantes e aprovado pela Prefeitura.

A servidão *non aedificandi*, servidão negativa (*quae in non faciendo consistunt*), *contínua e não aparente*; assim também a servidão *luminibus*. Já a servidão de livre trânsito apresenta-se como *positiva* (atribui um *jus faciendi* ao possuidor do prédio dominante), *descontínua* e, no caso, *aparente*.

5. Embora a inequívoca constituição do *ius in re aliena*, as limitações não foram cumpridas quando da construção dos prédios no terreno antes pertencente a Alfredo Mathias, tendo os respectivos Condomínios mandado construir *um alto muro divisório, com portão, em toda a extensão da divisa* com o imóvel do Shopping, permitido acesso apenas aos moradores e pessoas autorizadas.

6. Apresentou o Condomínio Shopping Center Iguatemi, em maio de 1981,

interpelação judicial dos Condomínios Avignon, Monfort, Chatel e Dijon, para que declinassem os motivos do não-cumprimento do avençado, com remissão ao disposto no art. 119, parágrafo único, do Código Civil. Os interpelados nada disseram.

7. Posteriormente, em 30 de agosto de 1985, o ora consulente ajuizou demanda, nominando-a de *manutenção de posse*, contra os aludidos Condomínios, pedindo fossem condenados a *demolir* o muro e o portão, e a *assegurar o livre acesso* a seus jardins e às vias internas, na forma prevista na escritura, bem como ao pagamento de *perdas e danos*, com previsão de multa por violação ao preceito.

Os RR. contestaram, suscitando *prescrição*, a teor do art. 177 do CC; *carência da ação*, porque o autor nunca teria exercido posse da área sobre a qual foi instituída a servidão; e ilegitimidade ativa *ad causam*, por considerarem *extinta a servidão pelo não-uso durante um decênio*, ut art. 710, III, do CC.

8. O MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São Paulo, Capital, em decisão interlocutória, *rejeitou a prefacial de ilegitimidade ativa* e relegou para a sentença o exame das arguições de decadência e carência de ação, *sem agravo pelos litigantes*.

9. Sentenciando, o magistrado *afastou a prescrição*, forte na interpelação judicial efetivada em agosto de 1981, e com invocação ao art. 172, II e IV, do Código Civil; *mas acolheu a alegação de 'carência' da demanda*, pois "teria o autor de provar a posse anterior sobre a área servienda, em face da natureza do litígio, que é possessória" (*sic*, fl. 342).

10. A eg. 7ª Câmara do 1º TACSP, v.u., deu provimento ao recurso adesivo manifestado, contra a repulsa da exceção de prescrição, pelos Condomínios réus; e negou provimento à apelação interposta pela ora consulente, retificando, outrossim, o dispositivo de *carência para improcedência* da demanda.

Refere o r. acórdão ser admissível o recurso adesivo ante o interesse da parte "no reconhecimento da prescrição, que é matéria de mérito". Sustenta que a servidão nunca fora respeitada, de molde a que o *não-uso*, aliado à ineficácia da interpelação como causa interruptiva da prescrição, "faz por concluir na existência de prescrição". Para a retificação do dispositivo sentencial, de *carência para improcedência*, é expressamente dito haverem sido "enfrentados os fatos atinentes à posse".

Embargos declaratórios opostos pelo autor foram desacolhidos.

11. O Condomínio Shopping Center Iguatemi manifestou Recurso Especial, com supedâneo na letra c do permissivo constitucional, argüindo contrariedade aos seguintes artigos de lei federal:

a) ao art. 499 do CPC, pelo entendimento de que incabível a apelação adesiva interposta pelo litigante que não sucumbira na demanda, não sendo, pois, 'parte vencida';

b) ao art. 177 do CC, pelo entendimento de que o prazo prescricional somente era de ser computado a partir da data do 'habite-se' concedido às construções

feitas no prédio serviente, 03 de abril de 1974;

c) ao art. 172, II e IV, do CC, pois a interpelação, ocorrida em 11 de agosto de 1981, revelou a oposição do recorrente à violação da servidão pelos recorridos, com eficácia interruptiva da prescrição;

d) aos arts. 75 e 710, III, do CC e art. 471, *caput*, do CPC, porquanto a questão do não-uso fora expressamente rejeitada no despacho saneador (*rectius*, decisão saneadora) irrecorrido, operando-se pois “a preclusão dessa matéria”; de outra parte, “na servidão negativa, como é o caso dos autos, a posse se exerce pela simples inércia, enquanto não haja violação da obrigação de não fazer”. Além do mais, a servidão mantém-se lançada no Registro de Imóveis, “o que a faz subsistir como direito real”.

O apelo extremo subiu ao STJ por força de provimento, para melhor exame, de AI interposto contra a decisão prefacial de inadmissão.

12. Iniciado o julgamento da causa na Superior Instância, o relator, Min. CLÁUDIO SANTOS, após afastar a alegação de contrariedade ao art. 499 do CPC, *proveu o recurso* “para afastar a prescrição e determinar seja a ação examinada no concernente à matéria fundamental”, sustentando que a prescrição, no caso, somente poderia correr “da data em que terminada a construção, com a vitória da autoridade municipal, pois, antes, não era exercitável por parte do titular do prédio dominante a servidão”; além disso, pela incidência do art. 172, IV, do CC, a constituição em mora dos proprietários dos prédios servientes resultara, em agosto de 1981, na interrupção do prazo prescricional.

O julgamento foi suspenso pelo pedido de vista apresentado pelo Min. COSTA LEITE, aguardando os Ministros NILSON NAVES e EDUARDO RIBEIRO.

TÍTULO II

DO NÃO-USO DA SERVIDÃO. DA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO TUTELAR. DA INTERPELAÇÃO, COMO ATO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO E DO NÃO-USO

13. O v. aresto recorrido funda-se na premissa de que a servidão “não pode ser considerada existente”, eis que “o decurso do tempo demonstrou, pelo não-uso, sua não-utilidade”; acresce que tal situação de fato “independe de qualquer interrupção formal como quer o autor”. E, ainda, fundamenta-se na assertiva de que a interpelação fora inoperante como ato jurídico interruptivo do prazo prescricional, pois “a interpelação de 1981 não teve a finalidade precípua de interromper a prescrição”.

14. Impende, destarte, ante os termos do decisório recorrido, uma apreciação, ainda que necessariamente sucinta, dos conceitos de *não-uso da servidão* e de *prescrição da ação tutelar do exercício da servidão*.

O não-uso e a prescrição apresentam-se necessariamente em relação como que de causa e efeito?

Ou podem produzir eficácia em planos jurídicos não necessariamente idênticos?

Depois disso, convirá analisar como se caracteriza o *não-uso* numa servidão tão peculiar como a que é objeto da lide; diga-se, servidão constituída por ato entre vivos, contratualmente, *sendo portanto relevante a perquirição da vontade e dos objetivos colimados pelos contratantes*, a fim de aquilatar o alcance, a abrangência e as limitações do direito real que vieram a instituir (por todos, CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, Freitas Bastos, 5ª ed., nº 427).

15. O eminentíssimo LAFAYETTE PEREIRA (“Direito das Coisas”, ed. 1922), após mencionar que a prescrição “resulta do não-uso dos direitos que constituem a servidão”, refere que nas servidões *afirmativas* (que impõem um dever de suportar, *pati*, pelo possuidor do prédio serviente) o não-uso se começa a contar do momento em que cessa o exercício”; já nas servidões *negativas* (que impõem ao possuidor do prédio serviente um *non faciendo*), “o não-uso só se reputa datar do momento em que o dono do prédio dominante perde a quase-posse, isto é, desde que o dono do serviente chega a consumir o ato proibido” (ob. cit., § 134).

16. Também ALBERTO TRABUCCHI (“Istituzioni di Diritto Civile”, 8ª ed., CEDAM, Padova, 1954) como que parifica o *não-uso* e a *prescrição*:

“Le servitù si estingue per prescrizione quando non se ne usi per venti anni. ... Il *dies a quo* del termine di prescrizione varia secondo le diverse specie di servitù” (pág. 435).

“Come regola generale, il termine decorre dal momento nel quale si è verificato il fatto che ne ha impedito l’esercizio, cioè dalla *contradictio*: per esempio, nella *servitus altius non tollendi* dal giorno in cui si è elevato il muro che non si poteva costruire, nella servitù di acquedotto dal giorno in cui furono tolti i canali” (N.R. 2, pág. 435).

17. No magistério de MARCEL PLANIOL (“Traité Élémentaire de Droit Civil”, 4ª ed., Paris, 1906):

“La servitude est éteinte au bout de trente ans quand l’ayant droit ne l’exerce pas (art. 706). Au fond, il s’agit d’une *prescription extinctive*; traditionnellement on lui donne le nom de *non usage*. Le propriétaire du fonds dominant est censé renoncer à son droit, quand il reste si longtemps sans l’exercer; les servitudes ne sont tolérées qu’à la condition d’être utiles: quand leur inutilité est démontrée, la loi les supprime” (ob. cit., tomo I, pág. 961).

18. Também FRANCESCO MESSINEO (“Manuale di Diritto Civile e Commerciale”, Milano, Giuffrè Ed., 1947):

“La servitù si estingue:

b) per *prescrizione* (ventennale), a causa del *non-esercizio* (*non uso*) della servitù (1.073 primo comma), o a causa del suo *esercizio in tempo diverso* da quello indicado dal titolo o dal possesso (1.076)” (ob. cit., pág. 185).

Explicita MESSINEO que nas *servidões negativas*, as quais se resolvem em um *não-fazer* pelo dono do prédio serviente, o *não-uso* da servidão por parte do proprietário do prédio dominante não se poderá dar “sino a quando il proprietario del fondo *servente* non violi il suo obbligo, compiendo un atto positivo”. Assim, a *servidão negativa* não se extingue por prescrição ante a só circunstância de que o proprietário do prédio dominante não tenha realizado atos efetivos de exercício; “invero, l’esercizio sta qui, di regola, nel non-far nulla, sin che faccia qualcosa il proprietario del fondo servente, proprio perchè si tratta di servitù negativa (1.073 secondo comma)” (ob. cit., págs. 185/186).

Igualmente ROBERTO DE RUGGIERO (“Instituições de Direito Civil”, trad. port., Saraiva, vol. II) convém que “extinguem-se finalmente as servidões por prescrição, quando não se usem pelo espaço de trinta anos (art. 606)” (ob. cit., pág. 463).

19. No Novíssimo Digesto Italiano, verbete Servitù Prediali, o comentador Prof. ALBERTO BURDESE, após menção ao texto do artigo 1.073 do CC de Itália, *verbis*: “La servitù si estingue per prescrizione quando non se usa per venti anni”, alude a que, no tocante às *servidões negativas*, para a caracterização do não-uso, é necessário “che si crei sul fondo servente una situazione in contrasto con il contenuto della servitù, perchè non ne derivi più utilità al fondo dominante”.

20. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO segue, a respeito, a mesma orientação (“Curso de Direito Civil”, 7ª ed., Saraiva, 1967), com o magistério de que “a doutrina dominante manifesta-se no sentido de que o *não-uso outra coisa não é senão a própria prescrição*. Nessas condições, *todas as normas gerais peculiares à prescrição se aplicam também ao não-uso*” (ob. cit., pág. 288) (grifos nossos).

21. Este *paralelismo*, entre *não-uso* e *prescrição*, é sustentado igualmente por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (“Instituições de Direito Civil”, Forense, vol. IV, 4ª ed., nº 339), como se vê do seguinte excerto: “Tal como se dá com a prescrição extintiva, *comporta suspensão e interrupção o fluxo do prazo de não-uso*, subordinando-se aos mesmos efeitos que em relação àquela” (ob. cit., nº 339, pág. 221) (grifo nosso).

Não discrepou, pois, do prístino magistério de DIDIMO AGAPITO DA VEIGA (‘Manual’ de Paulo de Lacerda, vol. IX, Parte 1ª, RJ, 1925), quem, após incursão pelo direito comparado, afirmou que “o Código seguiu a feição jurídica da prescrição extintiva das servidões adoptada nos Codigos modernos” (*sic*) (pág. 461 e *passim*).

22. Vemos, destarte, que de longo tempo, e com assento em doutrina de autores do maior renome, vem sendo aceito que a *menção ao não-uso no art. 710, III, do CCB*, e em disposições análogas na legislação alienígena, *representaria fundamentalmente uma fixação de prazo para o exercício da ação destinada à tutela da*

servidão predial; portanto, sob tal ângulo, os efeitos do não-uso serão atingidos pela eficácia interruptiva ou suspensiva das mesmas causas que interrompem ou suspendem os prazos prescricionais de maneira geral.

Esta linha de raciocínio tornaria de menor relevo o indagar-se o “adiantamento”, no saneador, da decisão sobre o não-uso (decisão *heterotópica*, no dizer de PONTES), operou ou não a *preclusão* para os julgadores de segundo grau.

23. O relator, Min. CLÁUDIO SANTOS, pôs de parte os temas de *extinção da servidão*, e os de sua *natureza* e do seu *uso ou não-uso*, firme no argumento de que a questão da extinção fora decidida na fase do saneamento, *verbis*: “Nada tem a ver” (a controvérsia a ser solucionada no recurso) “com a extinção da servidão, decidida esta preliminar no saneador, irrecorrido, nestes termos: ‘A terceira preliminar, relativa à extinção da servidão, pelo não-uso, desmerece acolhida. É que, consoante escólio de PONTES DE MIRANDA, trazido à colação pelo autor na réplica de fls. 159 a 177, enquanto não cancelado o registro, a servidão subsiste como direito real, não se podendo, pois, falar em extinção’ (fls. 190/v.).

Também não se discute, nesta oportunidade, a natureza da servidão e o seu uso ou não.”

24. Vamos todavia aceitar, *mesmo que apenas para dar azo a uma análise mais ampla da lide e tendo em vista a amplitude recursal e a larga apreciação da matéria de fato feita no r. aresto recorrido*, que a questão do não-uso possa ser trazida à balha no recurso especial.

É que alguns autores põem *distinção conceitual* entre o não-uso e a *prescrição*: o não-uso, como causa de extinção do próprio direito; a *prescrição*, como exceção oponível à pretensão (v. PONTES DE MIRANDA, Tratado, t. VI, § 662, nº 6) manifestada pelo autor, inclusive às pretensões e ações reais (PONTES, *ibidem*, § 663, nº 1).

25. Segundo PONTES, o não-uso acarreta a ‘preclusão’ (*sic*) do próprio direito: “Extingue-se a servidão como direito real limitado. O prazo nada tem com os prazos prescricionais” (*ib.*, t. XVIII, 2.299, nº 8), considerando o não-uso imune, em princípio, aos atos interruptivos da prescrição.

A posição de PONTES foi adotada, em termos, por ARNALDO RIZZARDO (“Das Servidões”, Aide Ed., 1984), para quem os casos de interrupção da prescrição do art. 172 do CC “pouco significam”, se uma atividade humana, ou demanda judicial de condenação, não for exercida ou intentada (ob. cit., págs. 142/143).

26. Vale, aqui, uma observação: embora seja dito que a servidão se extingue pelo não-uso, em verdade o *direito real somente se extingue pelo cancelamento - CC, art. 708*. É certo que o CC, neste artigo, menciona a extinção “com respeito a terceiros”; mas um direito não pode, sem contradição ontológica, existir para uns e não existir para outros.

Cumpre, pois, o *discrímen* entre os planos da *existência* e da *eficácia*. Pelo

não-uso decenal, *a servidão deixa de ter eficácia*, não mais produzirá efeitos entre os proprietários dos prédios dominante e serviente, perdendo aquele contra este as pretensões decorrentes do vínculo real. Pelo cancelamento do registro imobiliário, *o próprio direito real estará extinto*, já agora *erga omnes*.

27. A constituição de uma servidão implica *alienação parcial do direito de propriedade*, pois consiste em restrições ao conteúdo do direito de propriedade sobre o prédio serviente, em obséquio à necessidade ou à conveniência do comércio social (CAIO MÁRIO, ob. cit., nº 336, nº 337; SERPA LOPES, “Tratado dos Registros Públicos”, vol. III, 2ª ed., nº 437). O fundo serviente passa a ser considerado, *para certos efeitos*, como se fosse de propriedade do dono do prédio dominante: “L’objet d’une servitude est d’attribuer à celui à qui elle appartient un droit réel sur le fonds grevé; ce fonds, s’il est permis d’employer cette expression, *est considéré comme sa propriété à quelques égards*” (J.M. PARDESSUS, “Traité des Servitudes”, 10ª ed., Bruxelas, 1841, pág. 8, nº 9). (grifo nosso)

Esta *aquisição parcial* (em se cuidando de servidão aparente) pode dar-se também por *usucapião* (CC, arts. 509 e 698), através do exercício de atos possessórios inerentes à servidão, observados o prazo e as condições previstos em lei. *Os prazos do usucapião são passíveis de interrupção ou suspensão*, pelas mesmas causas que interrompem ou suspendem os *prazos prescricionais*, CC, art. 553. *O usucapião decorre, pois, do uso da servidão*.

Ora, não esqueçamos que do *não-uso*, como motivo de extinção da servidão, decorre também uma *transmissão parcial do direito de propriedade*, pois o prédio serviente *recupera sua situação anterior* de propriedade plena, *readquirindo* seu proprietário os poderes e faculdades antes objeto da servidão. Um verdadeiro “usucapião reverso”.

Qual o motivo, assim, para que o não-uso tenha seus efeitos jurídicos subtraídos àquelas mesmas causas que suspendem ou interrompem os efeitos do uso?

28. *As causas interruptivas da prescrição aplicam-se, destarte, também aos efeitos do não-uso da servidão.*

ARNALDO RIZZARDO, escrevendo sobre o *não-uso*, sublinha a similitude: “Trata-se de uma prescrição liberatória, por efeito da qual o fundo que devia a servidão fica desobrigado, já salientava DEMOLOMBE, para quem a espécie caracteriza uma *presunção de abandono* por parte do prédio dominante” (grifo nosso).

Reiteremos o ensinamento de PLANIOL, já mencionado: “Le propriétaire du fonds dominant est censé *renoncer à son droit*, quando il reste si longtemps sans l’exercer; les servitudes ne sont tolérées qu’à la condition d’être utiles: quand leur inutilité est démontrée, la loi les supprime” (ob. cit., nº 2.977) (grifo nosso).

Ora, esta *presunção de ‘abandono’*, de *‘renúncia’* à servidão por parte do titular do prédio dominante, *cai por terra* ante qualquer dos atos previstos no art. 172, I a IV, do CC, inclusive por “qualquer ato judicial que constitua em mora o deve-

dor" (inciso IV).

29. Na interpelação ajuizada em 1981, o Condomínio do Shopping Center (como prédio dominante e igualmente serviente) requereu declinassem os interpellados *as razões pelas quais não cumpriram o avençado* no contrato sinalagmático de constituição das recíprocas servidões, *constituindo-os em mora*.

Assim, se abandono aparentemente houvera, se tolerância vinha sendo mantida com o desrespeito à servidão, *tal conduta leniente cessou naquela oportunidade*. Cessou inequivocamente, e assim foi reconhecido, e proclamado, pelo eminente relator ao examinar a questão da prescrição.

30. Temos portanto que:

a) Em se apreciando a lide sob o aspecto do *não-uso* (muito valorizado no acórdão recorrido, proferido em grau de apelação); ou

b) Em se apreciando a lide sob o aspecto da *prescrição da ação*, como o fez o Relator nesse Colendo STJ.

De qualquer forma, foi interrompido o prazo decenal *quer do não-uso*, como causa extintiva da servidão, *quer da prescrição* da ação real de tutela do direito à servidão! Interrompido nos termos do artigo 172, IV, do CC.

31. Aliás, não é possível relegar ao oblívio que a escritura de constituição, firmada pelos proprietários dos imóveis contíguos, estabeleceu *servidões recíprocas*, portanto *servidões indissoluvelmente vinculadas umas a outras*.

Será conceptível que a servidão *non aedificandi* e *itineris* em favor de um dos contratantes seja considerada *extinta pelo não-uso*, e a *mesma servidão*, favorável ao outro prédio, possa ser tida como *plenamente vigorante*?

A servidão *recíproca* poderá transmutar-se em servidão em favor apenas de um dos prédios? Ambos os prédios foram instituídos como *dominante* e *serviente* um do outro. Poderemos ficar com um prédio *apenas dominante*, o outro *apenas serviente*?

Ora, os condomínios réus continuam se beneficiando com a servidão de trânsito pela área do estacionamento do Shopping Iguatemi. Os veículos que pretendem acesso aos condomínios réus, pelo portão construído na linha divisória, *necessariamente passam* pela área de estacionamento e trânsito no imóvel do Shopping! E, ainda, o Shopping não pode ser ampliado, não podem ser construídas novas edificações em sua área *non aedificandi* referida na escritura de servidão!

Se os condomínios réus continuam se beneficiando da servidão, como considerá-la extinta relativamente ao condomínio autor?

Ou a servidão existe para todos os contratantes, ou para todos estará extinta!

TÍTULO III DO TERMO INICIAL DO NÃO-USO E DA PRESCRIÇÃO

32. No pertinente ao *termo inicial* do prazo decenal, tal prazo, nas circunstâncias do caso concreto, deverá ser contado *somente a partir do 'habite-se' concedido às construções feitas no prédio serviente*, ou seja, a partir de 03 de abril de 1974.

São válidos e corretos os argumentos expendidos na r. sentença:

“A servidão foi instituída por escritura pública de 24.01.1969, devidamente registrada em 14 de maio do mesmo ano (fls. 16 a 23), cujo lapso prescricional, que é de dez anos, segundo o art. 177 do CC, flui a partir da construção do imóvel.

É que antes da construção do edifício, não se podia fazer uso da servidão, cuja obtenção de uso, após construído o prédio, marcaria o início da fluência do prazo de prescrição.

Neste sentido, ensina J. M. CARVALHO SANTOS, ('CCB Interpretado', vol. IX, pág. 270): 'Imprescritível é a servidão, na hipótese inversa, quando é constituída sobre um edifício ainda por construir, porque somente do dia em que terminar a construção é que pode ser exercitável por parte do titular'.

Ora, tem-se por edificada a obra e apta a ser utilizada - quando então passaria a correr o prazo prescricional - quando aprovada pelo Poder Público, que autoriza a sua utilização para o fim a que se destina. No caso, o Auto de Vistoria de fl. 25, que considerou a edificação de 'acordo com a legislação em vigor, podendo ser utilizada para o fim a que se destina', é de 03 de abril de 1974 (fl. 25), tal como asseverou o Dr. Perito: '... pode-se dizer que desde o habite-se expedido em 03/04/74, vem sendo exercida, de fato, pelos condôminos, Edifícios Avignon, Monfort, Chatel e Dijon, que mantêm a área fechada, autorizando o acesso somente àqueles que lhes convêm' (fls. 222).

Ocorreu que o autor, antes da expiração do lapso prescricional, ou seja, em 11 de agosto de 1981, procedeu a interpretação judicial dos réus acerca da desobediência à servidão predial, reclamando-lhe explicação, consoante afirmação de fls. 162 a 163, que não foi impugnada, medida que tem o condão de constituir os réus em mora e interromper o prazo prescricional, *ex vi* do artigo 172, II e IV, do CC, aplicável à espécie.

Rejeita-se, pois, a preliminar de prescrição de ação; acolhe-se, porém, a de carência da demanda, por falta de demonstração de posse anterior do autor da 'área sobre a qual foi construída a servidão' (fl. 86) (*da sentença*).

Antes do 'habite-se' não seria, portanto, exercitável a ação ("rectius", a pretensão) real inerente à servidão.

33. *E também não o era tendo em vista os próprios motivos pelos quais resol-*

veram os então proprietários dos imóveis contíguos instituir o “ius in re aliena” recíproco.

Objetivaram os contratantes, então, conforme já sublinhado (inciso 4), “*não prejudicar a harmonia do conjunto*”, e para tanto puseram *em comum* o parque de estacionamento do ‘shopping’ e a área a ser ajardinada dos prédios projetados, com recíprocas servidões de vista e de trânsito, e a taxativa proibição de construção de muros divisórios entre os respectivos terrenos.

Se assim foi avençado, e com tal propósito fundamental, torna-se *evidente* que *somente quando do término das construções e dos ajardinamentos seria possível aquilatar se fora realmente malferida a ‘harmonia do conjunto’*, e em que medida tal harmonia teria sido prejudicada. Somente a partir desse momento, *fixado no tempo pela concessão do ‘habite-se’*, surgiu a *actio nata*, tornou-se exercitável em juízo a *pretensão* em favor da parte que se considerasse com seus direitos reais *in re aliena* violados.

34. *Isto posto, e por um ou por outro dos fundamentos já expostos:*

a) Não se consumou o prazo decenal de não-uso, *ut arts.* 710, III, e 172, IV, do Código Civil;

b) Não se consumou o prazo prescricional da ação real, *ut arts.* 177 e 172, IV, do Código Civil.

TÍTULO IV DA AÇÃO CONFESSÓRIA NA TUTELA DO EXERCÍCIO DA SERVIDÃO

35. Em r. sentença, o juízo monocrático, após *rejeitar* a ‘preliminar’ (que não o é em sentido processual) de *prescrição da ação* invocada pelos réus, veio a *acolher* a de *carência da demanda*, e isso por considerar não teria o autor comprovado “posse anterior” na “área sobre a qual foi construída a servidão” (*sic*), “posse anterior sobre a área servienda, em face da natureza do litígio, que é possessória” (*sic*).

É indubitoso que o exercício dos atos de *posse* das servidões pode ser tutelado mediante as ações possessórias, nos termos do art. 509 do CC. Irrelevante perquirir, aqui, se somente admissível a ação de manutenção, ou se também a ação reintegratória, inclusive porque se trata de ações ‘fungíveis’, como está no artigo 920 do CC (por todos, ARNALDO RIZZARDO, ob. cit., Cap. XI, págs. 160 e ss.).

36. *A ação objeto da consulta foi nominada de manutenção de posse*, com abrigo no art. 523 do CC. Não postulada a liminar, pois invocada ofensa velha de mais de ano e dia, a causa seguiu o procedimento comum ordinário, com pedido final de demolição do muro e do portão, e de garantia ao livre acesso a seus jardins e às vias internas, tal como previsto na escritura, como condenação ainda a

perdas e danos e cominação de multa por violação ao preceito.

A defesa dos demandados foi exercida com amplitude plena, extravasando os lindes do debate meramente possessório: houve o amplo questionamento de matéria ligada à própria subsistência da servidão, tais como o não-uso decenal, e a desnecessidade da servidão para o prédio do Shopping.

Em suma: a lide, o próprio direito atual à servidão, foi objeto de *perquirição integral*, de *contraditório pleno* sob todos os aspectos juridicamente relevantes.

37. Portanto, embora nominada como *possessória*, é lícito afirmar que *pelos seus fundamentos e pelo pedido formulado*, em suma, pela *res in iudicium deducta*, a demanda contém substancialmente uma *pretensão petitoria*. Cuida-se, destarte, e esta é *quaestio iuris* relevante, de *demanda de natureza confessória*. É de remansosa jurisprudência que “não é o nome dado pela parte à ação proposta que a define, mas sim a presença dos seus requisitos na demanda” (RJ, TJRS, 117/350; ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, “Manual de Dir. Proc. Civil”, Saraiva, vol. 2, nº 516).

O autor provou ser o titular do direito real de servidão, apresentando seu título, cujo registro encontra-se vigente, pois não foi cancelado; e provou, não o negam os demandados, que as limitações impostas pela servidão não foram cumpridas pelos réus, que construíram onde não podiam construir, que impedem o trânsito onde deveria permiti-lo, que prejudicaram a contratualmente objetivada ‘harmonia do conjunto’.

E postula, ao fim, com o reconhecimento do direito real de servidão, a destruição das obras edificadas em seu detrimento.

38. Que ação será esta? Simplesmente possessória? Ou demanda substancialmente *confessória*, apenas apresentada sob *nomen iuris* menos adequado?

Na ação confessória, como está em PONTES DE MIRANDA, “o autor tem de provar o esbulho ou a turbção, e não a posse da servidão”; e o réu pode opor em defesa, inclusive, a “falta de utilidade da servidão”, bem como as causas de sua extinção, tal como “o não-uso durante dez anos contínuos” (“Tratado”, t. XVIII, 3ª ed., § 2.238, nº 2).

Exatamente como ocorreu na demanda ora em apreciação.

39. Na *actio confessoria*, e assim ensinou ROBERTO DE RUGGIERO, “o autor deve demonstrar o seu direito à servidão (visto que até prova em contrário o prédio se presume livre), bem como o impedimento feito ao exercício do seu direito”, buscando obter “o reconhecimento do direito contestado e assegurar o seu livre exercício” (ob. cit., págs. 464/465).

FRANCESCO MESSIONE declara que a *confessória* pode assumir um “duplice atteggiamento”: é ação de “accertamento” quando contestada a própria existência, ou modo de existir, da servidão, e ação *petitoria in senso stretto* quando dirigida a fazer cessar “gli eventuali impedimenti o le eventuali turbative”; além disso, “il titolare di una servitù può esercitare una diversa azione e pretendere la

rimessione in pristino stato (quindi, anche la distruzione) di ciò che sia stato fatto in violazione dell'obbligo di non-fare, assunto dal proprietario del fondo servente" (ob. cit., pág. 187).

40. A natureza múltipla, complexa da ação confessória, é sublinhada por ETTORE FAVARA, com o asserto de que "si suole distinguere un'azione confessoria di condanna, da un'azione confessoria di accertamento, e da un'azione confessoria a carattere petitorio"; salientou, outrossim, que "l'azione confessoria potrà essere limitata alla richiesta che chi ha costruito in violazione del divieto debba tollerare che il titolare della servitù distrugga quanto è stato così indebitamente costruito oltre a risarcire il danno" ("Novissimo Digesto Italiano", verbete 'Azione Confessoria e Negatoria - Diritto Civile').

41. *Em suma*: a demanda intentada pelo condomínio Shopping Center Igua-temi, embora a aparente limitação decorrente do *nomen iuris* constante da inicial, em realidade ostenta fundamentos e apresenta pedidos adequados a uma *ação confessória*.

Os temas versados, as questões decididas tanto em primeira instância como no v. aresto recorrido, acomodam-se a uma demanda petatória; com efeito, a lide não foi discutida sob o aspecto da existência ou não da *posse da servidão*, mas inclusive foi a ação contestada pelos RR sob alegações de *não-uso* e de *desnecessidade da servidão*, ou seja, foi impugnada a subsistência do próprio direito real decorrente do contrato instituidor da servidão.

Assim sendo, o questionamento sobre a 'posse anterior da servidão' por parte do condomínio autor, tornar-se-á matéria superada, afirmação esta que se faz inclusive para o caso de ser considerado admissível o exame e julgamento, pela Eg. 3ª Turma, do mérito propriamente dito da causa.

TÍTULO V DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 456 - STF

42. Nos termos da Súmula 456, o STF, "conhecendo do RE, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

Este preceito sumular incide, sem dúvida, ao julgamento dos recursos especiais pelo Colendo STJ, já que o recurso especial extraordinário é:

"Conforme se depreende do texto constitucional, o recurso especial, em suma, nada mais é do que o RE antes julgado pelo STF, com exclusão do seu bojo da matéria constitucional" (ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, "Do Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça", *apud* "Recursos no Superior Tribunal de Justiça", coord. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, Saraiva, 1991, pág. 49).

"Trata-se de modalidade do RE *lato sensu*..." (SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ob. cit., pág. 69).

Como tivemos a oportunidade de escrever em sede doutrinária, como idéia básica está a de que “o recurso especial é um recurso extraordinário, e, assim, lhe são aplicáveis, via de regra, as construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre a natureza, finalidade e admissibilidade do recurso extraordinário” (“Anotações sobre o Recurso Especial”, ob. acima cit., pág. 109).

43. O eminente relator, Min. CLÁUDIO SANTOS, *conheceu do recurso especial* para considerar “afastada a prescrição”, tendo por contrariados “os artigos 172, IV, e 177 do digesto civil” e determinando fosse “a ação examinada no concernente à matéria fundamental”.

Este reexame, *nos termos da Súmula 456 - STF*, poderá ser feito, e quiçá convirá seja feito, inclusive em homenagem ao prevalecente princípio da *unidade do julgamento, pelo próprio STJ, com a apreciação das questões objeto de consideração no v. aresto recorrido*; realmente, o Colegiado de origem, embora acolhendo a exceção de prescrição, *em realidade praticamente prejudicou as demais teses da defesa, como ao entender caracterizado o não-uso decenal*.

44. *Em julgado questão da prescrição*, tema de direito material anteposto logicamente às demais questões de mérito, a *Eg. 3ª Turma* conheceu do recurso e julgou de mérito, habilitando-se a apreciar as restantes questões componentes da lide, mesmo porque todas estas questões estão ‘maduras’ para decisão, pois questionadas e discutidas, *em cognição plena*, durante a instrução processual.

TÍTULO VI CONCLUSÕES

45. *Concluindo*, passo a responder os quesitos formulados pela empresa consulente:

a) O não-uso de servidão predial está vinculado à prescrição da ação tutelar do direito real *in re aliena*, comportando interrupção o prazo decenal de não-uso, pelas mesmas causas que interromperam os prazos prescricionais de um modo geral;

b) Do não-uso decorre uma presunção de ‘abandono’ da servidão pelo titular do prédio dominante, e tal presunção cessa ante qualquer dos atos previstos nos incisos I a IV do CC, inclusive por qualquer ato judicial que constitua *em mora* o titular do prédio serviente, tal como a *interpelação* referida no item 6 deste Parecer;

c) Trata-se, no caso ora em exame, de servidões *recíprocas*, indissoluvelmente entrelaçadas, e a extinção da servidão instituída em favor de um dos prédios implicará necessariamente extinção da servidão “recíproca” que favorece o outro prédio;

d) Em se tratando de servidões recíprocas, instituídas expressamente para garantir a manutenção da “harmonia do conjunto” entre o prédio do Shopping e

os prédios agora dos condomínios réus (e ainda por construir quando da constituição do *iura in re aliena*), o prazo decenal quer do não-uso como da prescrição da ação tutelar teve início com a concessão do 'habite-se', em abril de 1974. Ocorrente a interpelação dos réus em 1981, o decênio não se completou;

e) A ação proposta pela empresa consulente, embora nominada como de 'manutenção de posse', em realidade, pelos seus fundamentos e pelo *petitum*, constitui-se em *ação confessória* destinada à tutela não da posse da servidão, mas do próprio direito ao exercício da servidão e à remoção dos impedimentos a tal exercício;

f) Iniciado o julgamento no STJ, e tendo o Relator conhecido do recurso para declarar *não prescrita a ação*, a Egrégia Turma poderá *prosseguir* no julgamento, com a apreciação das demais questões de mérito, pois todas objeto de cognição plena na instrução processual e praticamente apreciadas todas no aresto recorrido.

É meu parecer, *sub censura*.

Porto Alegre, 30 de agosto de 1994.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO - OAB/RS Nº 34.140